

集合動産讓渡擔保

裴炳日*

I. 序論

讓渡擔保은 動産을 債權者에게 引渡시키지 않고 擔保化할 수 있다는 점에서 큰 사회적 의미를 가지지만 그 객체가 動産을 포함한 유체물일 경우에는 讓渡擔保權이 적어도 대외적으로는 所有權 기타의 物權으로서의 성질을 가지기 때문에 一物一權主義를 채택한 民法 第98條의 전제로서 일반적으로는 한 개의 物件에 한 개의 讓渡擔保權이 성립할 수 있다. 그런데 動産에 讓渡擔保權을 設定하여 금융의 편리를 얻을 수 있는 경우 動産은 不動産에 비하여 가지는 경제적 가치가 적기 때문에 기업거래에 있어서는 不動産이 그 個個物件에 擔保로 提供되는 데 대하여 動産에 있어서는 在庫商品, 半製品, 製品, 原材料와 같은 다수의 動産의 集合體가 擔保로 제공되는 수가 많다. 이와 같은 공장내의 기계·기구, 창고내의 在庫商品이나 原材料 등의 다수의 動産의 集合體를 일괄하여 讓渡擔保를 設定하는 이른바 集合物의 讓渡擔保는 달리 충분한 擔保物을 가지지 않은 중소기업자가 필요한 자금을 借入하기 위한 금융획득의 수단으로서 오늘날 금융거래계에서 이용하고 있다. 이 集合物의 讓渡擔保는 目的物의 성질에 따라서 3가지 형태로 나눌 수 있다. 첫째는 確定集合動産讓渡擔保로서 기계·기구, 집기, 비품 등의 特定한 動産의 集合을 한개의 集合物로서 讓渡擔保의 目的物로 하는 형태이다. 이 형태에서는 目的物件의 교체라는 형태로 개개의 動産의 변경은 있어도

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士.

개개 動産의 集合體로부터의 流出 또는 集合體로의 流入이 상시 반복하는 것은 아니다. 둘째로 流動集合動産讓渡擔保로서 창고내나 상점의 商品의 集合體와 같이 개개의 動産이 流出·流入을 반복함으로써 그 내용이 상시 변동하는 集合物을 讓渡擔保로 하는 형태이다. 이것은 개개의 目的物件의 流入·流出이 빈번히 일어나며 현실적으로 가장 이용이 많은 것이다. 셋째 變質集合動産讓渡擔保로서 원재료의 集合體와 같이 集合體를 구성하는 개개의 動産에 가공이 가해짐으로써 원재료—반제품—제품과 변질하는 動産의 集合物을 讓渡擔保로 하는 형태이다. 본고에서는 流動集合動産讓渡擔保의 경우를 중심으로 논하기로 한다.

II. 集合動産讓渡擔保의 有效性和 法的 構成

集合動産讓渡擔保의 有効성에 관하여는 否定說과 有效說로 나누어진다. 부정설은 物權이 目的物에 대하여 직접적이고 배타적인 지배권을 가지기 때문에 一物一權主義 원칙상 개개의 物件만을 목적으로 하여야 하고 예컨대 集合動産과 같은 것이 경제적인 의미에서의 단일성이 있다고 하여도 그것 자체는 目的物이 될 수 없다고 한다.¹⁾ 그러나 부정설은 사회 경제상의 요청에 합치하지 않기 때문에 일반적으로 지지를 받지 못하였고 현재에는 긍정설이 통설이다. 우리 대법원판례도 集合動産讓渡擔保에 대하여 긍정하고 있다.²⁾

集合動産讓渡擔保의 有効성을 긍정하는 경우에 있어서도 그 법적 구성을 둘러싸고 集合動産을 個別的 動産으로 분해하여 그 個別的 動産에 讓渡擔保가 設定되고 있다는 구성을 취하는 分析論과 集合한 動産을 일괄하여 그것 자체에 대하여 讓渡擔保를 設定한다는 集合物論이 대립한다. 분석론에

1) 松本丞治, 賣渡抵當及動産抵當論, 法學協會 31권 2호, 191면; 末弘嚴太郎, 擔保ためにする商品全部の所有權讓渡について, 新聞 822호, 10면.

2) 大判 1988.10.25, 85 누 941; 同 1990.12.26, 88 다카 20224.

의하면 다수의 動産集合體를 讓渡擔保에 供한 경우 개개의 動産위에 복수의 讓渡擔保權이 성립하고 이들이 일괄하여 효력을 생기게 하는 것이고 流出 · 流入하는 動産과 讓渡擔保의 구속력의 관계에 관하여는 當事者간의 특약에 그 근거를 구하고 設定時에 존재하는 개개의 物件은 設定者에 의하여 處分되어 집단으로부터 流出하는 것을 해제조건으로 하여 讓渡擔保에 제공되는 것과 함께 장래 設定者에 의하여 취득되어 집단에 流入하는 개개의 物件은 위 流入을 정지조건으로 하여 讓渡擔保에 제공되고 또한 占有改定이 이루어지는 것이라 하고 한다. 이에 대하여 集合物論은 集合物인 경제적 공동체가 독립한 거래대상이 되는 것이고 이것을 인정하여도 公示의 原則은 파괴되지 않는다고 하고 集合物 그 자체에 讓渡擔保權이 성립하는 것이고 流出 流入하는 動産과 讓渡擔保의 구속력에 관하여는 개개의 物件이 集合物로부터 流出한 경우에는 讓渡擔保의 구속을 면하게 해 개개의 物件이 集合物에 流入한 경우에는 讓渡擔保에 복종하는 것으로 하고 성립요건에 있어서는 集合物에 관하여 讓渡擔保가 設定되어 占有改定이 이루어지면 후에 流入한 개개의 物件은 集合物의 부분으로서 당연히 集合物의 讓渡擔保에 복종하고 성립요건을 취득하는 것이다.

이와 같은 分析論과 集合物論의 법적구성의 차이는 단순한 설명방법의 차이에 그치는 것이 아니고 현실적으로 破産法上的의 否認權이나 民法上的의 債權者取消權과의 관계에서 차이가 생기게 된다. 즉 讓渡擔保設定者의 경영이 악화되어 도산한 경우 분석론에 의하면 設定者가 위기상태에 빠지기 전에 讓渡擔保가 設定되어 있더라도 위기상태 후에 개개의 動産이 集合物에 流入된 때에는 그 物件에 관하여 破産法 제64조 2호의 擔保의 提供의 문제가 생긴다. 그러나 集合物論에 의하면 그러한 문제는 생기지 않는다. 債權者取消權에 관하여도 문제가 되는 행위의 時期를 讓渡擔保設定時 뿐만 아니라 다시 그 후에 개개의 動産이 流入된 때도 고려해야 하는가에 대하여 分析論에서는 적극적으로 해석하는 데 반하여 集合物論에서는 소극적으로 해석한다.

이와 같이 분석론은 민법상 一物一權主義를 충실하게 답습하여 集合動產讓渡擔保의 법적구성을 취하면 集合物 전체를 한개의 擔保目的物로서 생각할 수 없지만 본래 擔保目的物의 수에 따라 讓渡擔保가 設定되기 때문에 편의상 設定이나 효력 등을 일체적으로 취급하는 것에 지나지 않는다고 한다. 이 이론에 의하면 擔保設定 後의 設定者에 의한 目的物의 處分은 해제조건에 의하여 擔保目的物로부터 제외된 動產의 處分이라고 하고, 設定者에 의한 目的物의 補充은 미리 占有改定을 수반한 停止條件附 擔保設定이라는 법적 구성이 된다고 한다. 또한 이 이론은 一物一權主義와의 관계에서는 수긍할 수 있다고 하더라도 공장저당이나 재단저당 등을 승인하고 있는 특별법을 포함한 민법체제중에서 권리의 객체가 될 수 있는 것은 개개의 物件이어서 物件의 集合體가 아니라는 의미에서의 一物一權主義가 불가침의 원리 원칙이라고 말할 수 있는가가 의문이고 集合物을 일체적으로 처우할 수 있다고 하는 當事者의 意思나 사회적 요청에도 합치하지 않고 조세면이나 擔保設定후에 目的物로서 流入된 動產에 관하여서는 債權者取消權이나 設定者에 관한 破産法上 否認權과의 관계에서의 讓渡擔保權者에게 불리하게 작용할 가능성도 있다는 것들을 이유로 현재에는 集合物論이 多數說이 되었다.³⁾

集合物論에서는 集合物은 그 내용의 변경에도 불구하고 전체로서 독립한 한개의 권리객체로 인정되어 集合動產讓渡擔保도 集合物이라는 한개의 권리객체상에 성립하는 것이고 設定者에 의한 目的物의 處分은 目的物 利用權限의 당연한 내용으로 되고 目的物의 補充은 設定者의 의무로 되어 集合體로부터의 流出物에는 讓渡擔保의 효력이 미치게 됨과 동시에 集合體에 부가된 動產에도 당연히 讓渡擔保의 효력이 미친다고 설명한다. 集合物論은 集合物이라는 일정범위의 物件의 集合體를 정하여 그 集合體로서의 동일성을 손상하지 않는 한 개개의 動產의 集合體로부터의 流出이나 集合體에의 流入은 문제로 할 필요가 없다고 하여 設定者에 의한 目的物處分이나

3) 我妻美, 新訂擔保物權法, 663면; 柚木雪=高木多喜男, 擔保物權法, 555면; 米倉明, 讓渡擔保の研究, 174면.

補充의 문제 나아가 補充時의 성립요건의 문제를 설명하지 않더라도 좋다는 점이 장점으로 인정되지만 그 반면 민법 제98조와의 관계에서 유체물의 集合體를 한 개의 권리객체로 할 수 있기 위하여는 약간의 설명이 필요하다.

이에 따라 최근에는 기본적으로 集合物論에 입각하면서도 擔保實行時까지 讓渡擔保의 物權의 효력을 실질적으로 부정함으로써 目的物의 流出이나 流入의 설명을 간명하게 할려는 노력이 있다(가치틀론).⁴⁾ 이 설에 의하면 集合動産讓渡擔保는 集合物의 개념에서 한정된 가치틀내에 있는 流體動産에 의하여 파악되는 한도의 부동적 가치를 擔保적으로 지배하는 것으로 讓渡擔保가 실행될 때까지 設定者는 目的物을 處分할 수 있고 流入動産에 대하여 직접 擔保의 지배가 미치는 것은 아니지만 그것이 객관적인 公示方法을 구비하고 있다면 실행의 단계에 있어서 가치틀내에 있는 動産으로부터 우선적으로 변제를 받을 수 있다고 한다. 集合物에 流入된 個別動産이 擔保權의 目的物이 되면서 그 流動性은 인정된다고 하는 集合動産讓渡擔保의 특색을 중시하여 個別動産은 한개의 物件으로서 독립성을 가질 뿐 아니라 集合動産讓渡擔保의 실행등에서 個別動産의 流動性이 잃을 때까지는 集合物을 구성하는 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權의 효력이 당연히 미치는 것은 아니라는 견해이다. 이 견해는 企業擔保에서 보여지는 浮動擔保理論에 의거하면서 讓渡擔保權의 실행 내지 실행준비에 의하여 流動性을 잃을 때까지는 個別動産은 集合動産讓渡擔保權의 구속을 받는 것이 아니고 個別動産은 集合物內에 존재하는 한 擔保價値를 형성한다는 가능성을 가지는 것에 지나지 않는다고 한다.

이 가치틀론에 대하여 集合物論과 가치틀론은 동일한 것을 다른 측면에서 보는 것 뿐이고 종래의 集合物論에 더하여 가치틀이라는 고찰방법을 꺼내는 것은 문제를 혼란이나 복잡하게 할 우려가 있고 실익이나 필요성은 없다고 비판하는 견해도 있다.⁵⁾

4) 伊藤進, 集合動産讓渡擔保理論의再檢討, 저리스토, 699호, 92면 이하.

5) 吉田眞澄, 集合動産의讓渡擔保, NBL, 217호, 45면이하.

또한 동시에 다음과 같은 비판도 있다.⁶⁾ 첫째로 가치틀론에서 擔保權의 실행에 의해 集合動産讓渡擔保權의 추급력이 긍정되는 적극적 근거가 제시되어 있는 것은 아니다. 가치틀론이 주장하는 바와 같이 擔保權實行時點에서 浮動擔保와 個別動産上の 권리의 우열관계, 추급력의 유무가 법정책적인 문제라고 한다면 集合動産讓渡擔保權에 위의 효력을 부여하는 법정책적인 근거가 전제되지 않으면 설득적이라고 할 수 없다.

둘째로 가치틀론은 集合動産讓渡擔保는 그 구성요소를 가치틀에 의해 한정된 浮動擔保라는 것을 강조하지만 회사의 부지내에 존재하는 일체의 재고상품이라는 소위 全部讓渡方式이 행해진 경우 과연 企業擔保에 비해서 動産去來의 안전을 해하지 않는다고 말할 수 있을 것인가. 이와 같은 가치틀론을 분석해보면 擔保權의 실행에 의해 個別動産의 流動化가 정지한다는 것, 고정화하는 것이 이론의 전제가 되어있기 때문에 擔保權의 실행에 의해 集合動産讓渡擔保權의 효력은 個別動産에 미친다고 설명하고 있는 것에 불과하다고 생각된다.

셋째로 企業擔保의 효력을 유추해서 個別動産이 流動性을 가지고 있는 한 集合動産擔保權의 효력은 個別動産에 미치지 않는 것이라면 논리적으로는 통상의 영업범위외의 處分の 경우에도 양수인은 集合動産讓渡擔保權을 주장하는 것은 아니라고 해석할 수 있다. 대신에 設定者와 擔保權者간에 통상의 범위내에서만 당해 動産을 處分할 수 있는 약정이 있다고 하더라도 設定者가 위 약정에 위반한 것을 원인으로하여 集合動産讓渡擔保權者에 대해서 채무불이행책임을 부담하는 데 그치는 것은 당연하다. 그러나 가치틀론에서는 設定者가 集合動産讓渡擔保權者에 대하여 가치보지의무를 지기때문에 부적정한 處分은 허용되지 않는다고 해서 當該動産에 대한 集合物로부터 해방은 인정되지 않는다고 해석하고 있다. 보다 구체적으로는 個別動産의 處分은 유효하더라도 讓渡擔保權者가 그 個別動産이 讓渡擔保의 목적인 集合物을 조성하고 있다는 것을 양수인에게 대항할 수 있다고 해석하고

6) 千葉恵美子, 集合動産讓渡擔保の效力, 判例タイムズ, 756호, 39면이하.

있다. 그러나 擔保權實行前에서는 設定者의 處分行爲에 한계가 있고 부적정한 處分の 경우에는 당해 動産이 集合物의 造成物이라 해서 讓渡擔保權의 효력이 미칠수 있다면 傳統的 集合物論이 주장하는 바와 같이 擔保權實行前에 있어서도 集合動産讓渡權의 효력이 個別動産에 대해서 미친다고 해석하는 것이 무리가 아닌가하는 비판이 있다.

이와 같이 集合物論에서는 集合動産讓渡擔保權의 효력은 集合物內에 流入된 시점에서부터 個別動産에 미치는 것을 암묵적으로 전제하고 있는 데 대하여 가치틀론은 擔保權의 실행시나 실행준비시까지 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權의 효력은 미치지 않는다고 이해하는 점에서 兩說은 명백한 차이가 있다. 兩說의 시비는 集合物을 구성하는 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權者에게 어느 정도의 擔保的 支配力을 인정하는 것이 타당한가 또 그 근거를 어디에 구하는가 하는 점이다. 가치틀론을 철저히 하면 다른 債權者의 擔保權實行이나 強制執行에 앞서서 集合動産讓渡擔保權者가 擔保權을 실행하는 경우를 제외하면 集合動産讓渡擔保를 設定하는 의의는 극히 감소되고 만다. 특히 集合動産讓渡擔保權의 실행전에 集合物을 구성하는 個個動産에 대하여 다른 擔保權을 가진 자가 스스로 擔保權을 실행하는 경우, 一般債權者가 個別動産을 압류한 경우, 集合動産讓渡擔保權의 실행전에 設定者가 파산선고를 받은 경우에는 讓渡擔保權의 효력을 주장할 수 없게 된다. 가치틀론은 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權으로 우선변제를 주장할 수 있는 時期로서 변제기가 도래하고 채무불이행이 생긴 경우 및 재산상태가 악화된 시점을 들고 있다. 그러나 設定者와 集合動産讓渡擔保權者간의 약정을 가지고 당연히 제3자에게 集合動産讓渡擔保權을 대항할 수 있는가는 의문이다.

그리고 또다른 하나의 견해는 이상의 확설이 기본적으로 集合動産讓渡擔保에 있어서 어떤 의미에서 物權의인 효력을 승인할려고 하는 데 대하여 적당한 公示方法의 결여나 다른 債權者의 보호에 허점이 있다는 것등을 실질적 이유로 하여 集合物이나 流動動産이라는 개념의 유용성에 의문을 표시

하고 集合動産讓渡擔保에 債權의 효력을 부여하는 것은 지장이 생기지 않는다고 하여 그것에 物權의 효력을 부여해서는 안된다고 하는 것으로 債權의 效力說이 있다. 이 견해는 集合動産讓渡擔保의 物權의 효력을 부정하는 점에서 종래의 그것을 승인하는 입장에서 본다면 集合動産讓渡擔保의 有效性否定說이라고 할 수 있다. 이 견해는 讓渡擔保權者 이외의 債權者의 입장을 고려하면 流動動産에까지 讓渡擔保權의 성립을 인정하는 것은 본래는 當事者間에 있어서만 구속력을 가지는 것에 지나지 않는 債權契約에 타당하다고 할 수 없는 第3者效를 승인하는 것이 아닌가하여 債權者와 債務者 사이에 流動動産에 관하여 그것을 擔保化하는 것을 합의하는 것은 지장이 없지만 그 합의에 物權의 效力을 부여하는 것은 의문이 있다고 한다.⁷⁾

債權契約說은 個別動産에 대해서 이해관계를 가지는 제3자의 보호라는 관점에서 傳統的 集合物論을 비판해서 集合動産讓渡擔保權은 動産을 넣는 「容器」의 引渡를 받는 것에 불과하고 特定된 流動動産의 범위내에 있는 개개의 動産이 讓渡擔保權의 실행착수 이전에 讓渡擔保權의 구속을 받는 것은 아니라고 해석된다. 만약 그렇게 해석한다면 가치틀론이상은 流動動産群을 일체로 해서 擔保를 잡는 것은 의의가 적고 재고상품, 반제품, 제품, 원재료 등의 流動動産 이외에 不動産등의 자산이 충분히 없는 중소기업의 경우 신용공여를 받을 길이 없어지게 될 것이다. 물론 실행전의 단계에서 公示方法이 불완전한 集合動産讓渡擔保權에 강한 擔保力을 인정하고 讓渡擔保權을 設定하는데 폐해가 있는 것은 확실하다.

이상의 검토에서 명백한 것처럼 가치틀론, 債權契約說에는 역시 많은 문제점이 있다. 그러나 이러한 학설은 集合物을 조성하는 個別動産의 流出의 법률관계를 설명하기 위한 유익한 법률구성을 제시하는 것이라는 것에는 의심할 여지가 없다. 設定者에게 集合物을 조성하는 個別動産의 處分權이 인정된 점에서 集合動産讓渡擔保의 특색이 있는 이상 傳統的 集合物論에 대한 가치틀론과 債權讓渡契約說로부터의 비판을 무시할 수 없다고 할 것

7) 石田喜久夫, 流動動産의 讓渡擔保契約, 法學セミナー, 1979.12, 55면.

이다.

대법원판례는 集合物論의 입장에 있다. 즉 제강회사가 제품생산에 필요하여 流入하는 원자재를 일정기간 계속하여 債權擔保의 목적으로 삼으려는 소위 集合物讓渡擔保權設定契約에 있어서는 목적동산의 종류와 수량의 범위가 지정되고 그 소재장소가 特定되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 擔保權의 設定이 가능하다고 보아야 할 것이고 그러한 경우 讓渡擔保權者는 擔保權設定契約當時 존재하는 원자재를 占有改定에 의하여 그 점유를 취득하면 제3자에 대하여 그 동산의 소유권(擔保權)을 주장할 수 있는 것이며 그 후 새로이 流入되는 개개의 物件에 대하여 그때마다 占有改定の 표시가 있어야 하는 것은 아니다⁸⁾라고 한다. 또한 일반적으로 일단의 증감·변동하는 동산을 하나의 物件으로 보아 이를 債權擔保의 목적으로 삼으려는 이른바 集合物에 대한 讓渡擔保設定契約締結도 가능하며 이 경우 그 목적동산이 擔保設定者의 다른 物件과 구별 될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정등의 방법에 의하여 特定되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 擔保權의 設定이 된 것으로 볼 수 있다고 한다.⁹⁾

Ⅲ. 集合物を 造成하는 動産과 集合動産讓渡擔保權과의 關係

傳統的 集合物論은 集合物과 그것을 조성하는 個別動産과의 관계에 대하여 또한 流入·流出되는 個別動産에 대한 集合動産讓渡擔保權의 효력에 대하여 어떻게 이해하고 있는가. 集合物이 일체로서 擔保의 目的物이 되고 있다고 해석하면서도 個別動産의 법적 독립성을 긍정하는 견해가 압도적 다수이고 통설은 集合物の 造成物=개개의 動産은 設定者에게, 集合物은 集合動産讓渡擔保權에 속한다고 하여 양면적으로 귀속한다고 해석하고 있다.

8) 大判 1988.10.25. 86 누 941.

9) 大判 1990.12.26. 88 다카 20224.

1. 擔保權設定 後에 流入된 個別動産과 集合動産讓渡擔保權의 效力

통설은 ① 集合動産讓渡擔保權設定時에 集合物內에 존재하는 個別動産에 대하여는 그것이 集合物內에 존재하는 한 讓渡擔保權의 실행전이라도 集合動産讓渡擔保權의 효력 및 그 성립요건이 個別動産에 미친다고 한다. 이 경우는 讓渡擔保設定契約에서 독립한 복수의 動産을 일괄하여 擔保의 目的物이 되고 일괄하여 성립요건을 구비하는 것이 가능하기 때문에 集合物이라는 개념을 사용할 필요성은 적다.

② 設定 後에 流入된 個別動産에 대하여도 당해動産이 擔保權의 실행시에 集合物內에 존재하는 한 擔保權의 실행이 가능하다고 해석한다. 이 경우 動産은 設定時에 設定者에 의하여 소유되고 있는 것이 아니기 때문에 物權의 객체로서 特定이 되지 않고 따라서 讓渡擔保權者는 流入時까지 당해動産에 대한 성립요건을 구비할 수 없게 된다. 여기서 讓渡擔保設定 後에 設定者가 소유하게 된 動産에 대하여도 당연히 讓渡擔保의 효력이 미치고 성립요건이 구비하고 있다고 하기 위하여는 設定 後에 設定者가 취득한 動産에 관하여도 이미 設定時에 讓渡擔保權의 目的物이었다는 것이 필요하다. 통설은 이런 결론을 도출하기 위하여 讓渡擔保權의 目的物은 集合物자체이고 個別動産은 그것을 조성하는 것에 불과하다고 한다.

集合動産讓渡擔保設定 後에 流入된 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權의 효력이 미친다고 하기 위하여는 첫째 設定時에 존재하는 動産群과 設定 後에 流入된 個別動産과의 사이에 객관적·경제적 결합이나 動産의 集合體로서의 일체성이 있을 것이 필요하다. 구체적으로는 集合體로서의 사용가치·교환가치의 것이 개개 動産으로서의 사용가치·교환가치의 총화를 초과한다는 사정이 필요하다. 둘째 設定時에 존재한 個別動産群과의 장소적 근접성이나 일체성이 필요하다.

2. 分離 流出 處分된 個別動産과 集合動産讓渡擔保權의 效力

集合動産讓渡擔保權의 실행전에 있어서도 集合動産讓渡擔保權의 효력은 個別動産에 미친다고 한다면 擔保權實行前에 個別動産이 集合物內로부터 流出된 경우에 集合動産讓渡擔保權에는 追及력이 있는가.

통상의 영업범위내에 있어서 個別動産이 集合物로부터 分離 · 流出 · 處分된 경우에 관하여는 첫째, 集合動産讓渡擔保權에 追及력은 없고 둘째, 個別動産의 양수인은 集合動産讓渡擔保權의 부담없는 所有權을 취득한다고 한다.

集合動産讓渡擔保權의 실행전에 있어서도 個別動産의 處分이 통상의 영업범위에서 이루어진 경우에는 集合物 管理權의 한 내용으로서,¹⁰⁾ 혹은 集合物の 이용권능의 일종으로서¹¹⁾ 設定者에게 處分權限이 주어진다고 해석한다. 이것은 擔保目的物の 이용권능이 設定者에게 남겨져 있고 個別動産을 設定者가 자기의 物件로서 處分하는 것이 利用권능의 가장 중요한 내용이 되고 集合動産讓渡擔保도 非占有擔保의 일종이라는 것에 근거를 두고 있다.

이에 대하여 통상의 영업범위를 넘어 設定者에 의하여 부당하게 讓渡擔保權의 目的物이 處分된 경우에는 어떻게 되나. 이들 動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權에게 追及력이 있는가의 여부에 대하여 견해가 갈라진다.

① 設定者에 의한 權限 외의 個別動産의 處분에 대하여도 處分行爲는 유효하고 處分되어 流出되면 장소적 관계를 잃는 결과 集合物을 구성하지 않게 된다고 하여 讓渡擔保權의 追及력을 부정하고 設定者의 책임이 생기는 것에 불과하다는 견해.¹²⁾

10) 我妻榮, 前掲書, 666면.

11) 米倉明, 前掲書, 126면.

12) 我妻榮, 前掲書, 665면.

② 集合動産讓渡擔保權者와 處分行爲의 상대방의 이해조정은 선의취득에 의하여 조정해야 한다는 견해.¹³⁾

③ 處分 그 자체는 유효하고 處分행위의 상대방은 個別動産의 所有權을 취득하지만 處分行爲의 상대방이 악의인 경우에는 設定者가 目的物의 補充의무를 완전하게 이행하지 않는 한 集合動産讓渡擔保權者는 讓渡擔保의 효력을 주장할 수 있다고 하는 견해.¹⁴⁾

④ 개개의 動産은 매각에 의하여 당연히 集合物로부터 流出하고 이들 動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權의 효력은 미치지 않는다고 한 뒤에 集合動産讓渡擔保權者의 우선변제권을 저지할 의도로 당해動産을 매수하는 등 양수인에게 적극적인 해의가 있는 경우에만 集合動産讓渡擔保權者는 양수인에 대하여 불법행위상의 책임을 추급할 수 있다고 하는 견해¹⁵⁾ 등이 대립한다.

IV. 集合動産讓渡擔保 設定契約과 目的物의 特定

集合動産讓渡擔保設定契約은 諾成·不要式의 법률행위이지만 실무상은 設定契約書가 작성되는 경우가 많다. 이것은 내용의 다양성이나 복잡성, 目的物의 特定の 문제 등과 관계에서 그렇게 하는 것이 바람직하다.

集合物은 그것을 구성하는 개개의 動産에 분해되는 것이 아니고 전체로서 한개의 권리객체로 되는 것은 사회 경제적 견지에서 그것을 한개의 권리객체로서 처우할 필요성이 있기 때문이지만, 다른 한편 集合物이 한개의 권리객체로 되기 위하여는 集合物 全體가 일체로서 다른 動産과 구별할 수 있

13) 米倉明, 前掲書, 129면.

14) 吉田眞澄, NBL, 247호, 47면.

15) 道垣内弘人, 集合動産讓渡擔保と目的物の處分, 金融法務事情, 1242호, 36면.

는 객관적 기준이 만들어지지 않으면 안된다. 이것이 目的物 特定 내지 目的物의 範圍確定의 문제이다. 目的物의 特定은 物權이 성립하기 위하여는 불가결의 요건이고 이러한 일반적인 문제와는 달리 集合動産讓渡擔保에서의 目的物의 特定은 제3자에게 讓渡擔保의 目的物의 범위를 명시하고 불측의 손해를 주지 않도록 하고, 집행 등에 관하여 미리 권리관계를 명확히 하고 이들의 절차가 부당하게 지연하는 것을 방지한다는 기능을 가진다는 점에서 중요한 문제라고 할 수 있다.

1. 特定の 抽象的 基準

판례는 目的物 特定の 요소로 될 수 있는 것으로 종류, 소재장소, 양적 범위의 지정 등을 들고 있으나¹⁶⁾ 이들 이외의 요소로서 학설중에는 集合體 자체가 가지는 유기적 결합의 정도,¹⁷⁾ 目的物의 性質 등의 差異,¹⁸⁾ 제3자의 소유물을 제외한다는 부대조건의 영향, 관리이용의 방법 등의 명확성의 정도 등을 들 수 있다. 이에 대하여 최근 위 3조건외에도 紛爭當事者が 누구인가 하는 것을 確定의 기준으로 추가해야 한다고 한다.¹⁹⁾ 즉 讓渡擔保權者와 讓渡擔保設定者사이에 담보권의 실행이 가능한 정도로 목적물의 범위가 확정되고 있으면 되고 다른 한편 讓渡擔保權者와 제3자사이에는 讓渡擔保權者가 제3자에게 讓渡擔保를 주장할 수 있고 또한 제3자가 讓渡擔保에 의하여 해를 입지 않을 정도로 特定되어 있으면 된다고 할 것이다.

구체적으로 어느 요소를 특히 중요시하는가는 일률적으로 말할 수 없는 문제이고 사례에 따라서 이상과 같은 제요소를 종합적으로 감안하여 目的物 特定の 유무를 판단하는 이외에는 방법이 없다.

16) 大判 1990.12.26, 88 다카 20224.

17) 橫俤次, 讓渡擔保의 意義と設定, 60면.

18) 森井英雄, 判例批評, 民商法雜誌, 82권 2호, 228면.

19) 米倉明, 前掲書, 248면; 吉田眞澄, NBL, 225호, 31면.

2. 特定の 具體的 基準

目的物特定이 승인되는 가장 간단한 방법은 예를들어 A창고내의 動産全部라든가, B점포내의 動産全部와 같이 소재장소를 特定해서 그곳에 존재하는 모든 動産을 擔保目的物로 지정하는 방법이다. 이 경우 소재장소의 범위만 명확이 된다면 그곳에 존재하는 動産은 종류나 성질이 다르더라도 모두가 擔保目的物이 되기때문에 動産은 確定集合動産인가 變質集合動産인가, 流動動産인가 그들중의 복수의 성질을 가진 動産이 혼재되어있는가 등에 의해서 目的物特定の 승인의 문제가 영향을 받는 것인 아닌가 또한 讓渡擔保設定 後의 目的物的 관리등과도 관련이 되지만 예를들어 設定당초에 비테오레코드 100대가 소재장소내에 존재하고 있었지만 칼라텔레비전 50대와 스테레오 50대 혹은 타이프라이트 1000대로 변했다 하더라도 特定の 인부에 영향을 미치는 것은 아닐 것이다.

이와 같은 지정방법은 擔保設定당초의 擔保目的物的 범위가 명확할 뿐만 아니라 擔保設定後의 目的物的 변질이나 교차에도 아무런 대응을 하지 않아도 그 효력을 유지할 수 있기 때문에 擔保設定후에 있어서 目的物 내지 擔保의 관리 등도 비교적 용이하고 일정한 소재장소내에 있는 일체합체의 動産모두를 讓渡擔保의 目的物로 취급할 수 있기 때문에 한개의 擔保設定 契約에 의해 비교적 큰 擔保價値를 파악하는 것이 가능한 점 등 어느 것을 들어보아도 讓渡擔保權者에 의해 가장 유력한 지정방법이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 다른 한편에서 이와 같은 포괄적 지정방법은 設定者나 設定者側의 제3자에게 중대한 영향을 미치게 되기때문에 경우에 따라서는 過剩擔保의 문제로서 集合動産讓渡擔保設定契約의 전부 혹은 일부가 무효가 될 수도 있고(민법의 규정과의 관계에서는 민법 제103조의 사회질서위반의 한 유형으로 볼 수 있을 것이다), 또한 擔保設定時期 등의 관계에서 債權者取消權이나 破産法上の 否認權의 대상이 되는 것이 다른 지정방법에 비해서

많은 것으로 생각되기 때문에 讓渡擔保權者로서는 그러한 것들과의 관계에도 주의할 필요가 있다. 더욱이 소재장소의 범위를 상당하지 않게 넓게 지정한 한 때에는 目的物相互의 결합정도가 약하고 일체성이 인정되지 않는 것을 이유로 해서 設定契約의 효력발생이 부정되는 것도 예상할 수 없는 것은 아니기 때문에 그 점에도 주의할 필요가 있을 것이다.

둘째, 目的物特定方法으로서 예를들어 A창고내에 있는 칼라텔레비전 전 부라든가, A점포내에 있는 어떤 상품전부, A공장내에 설치된 기계의 전부와 같이 目的物的 종류, 소재장소, 양적범위를 지정하는 것도 생각할 수 있다. 이와 같은 지정방법에 의한 경우도 目的物的 종류나 성질에 관계없이 目的物特定이 승인된다고 생각되지만 판례에 의하면 家財一切라는 부분은 여기서 말하는 家財가 영업용의 物件을 제외하고 가옥내에서 가족전체의 공동 생활에 공여하고 있는 어느 정도의 항상성과 경제적 평가를 가지는 物件을 지정하는 것으로 해석할 수 있더라도 가족공동생활에 사용되는 物件은 다 종다양하고 위와 같은 지정만으로는 개개의 物件이 구체적으로 그것에 해당하는가 어떤가를 식별하는 것은 곤란한 경우가 당연히 예상되기때문에 이것만으로는 讓渡擔保의 目的物的 종류에 대하여 特定이 있었다고 하기에 충분하다고 생각되지 않는다고 한다.²⁰⁾ 이 판결을 어떻게 이해하여야 하는가에 대하여 의문의 여지가 있다고 하더라도 만전을 기하기 위해서 예를 들어 가재일체라고 말하는 것처럼 한계영역에 다소 불명확함이 남아있는 용어를 사용하지 않고 한계영역에 있다고 생각되는 動産에 대하여는 目的物을 포함하는가 제외하는가를 명시하여 集合物中에 많은 종류의 動産이 포함된 때에는 종류를 명시하는 방법이 필요하다고 생각되고 目的物이 일종의 確定集合動産이라는 것이 문제가 된다면 擔保目錄을 작성하기도 하고 目的物마다에 명인방법을 강구하는 등 集合動産讓渡擔保로서는 아주 이해의 조치를 강구하는 것도 생각해야 한다.

셋째로, 예를들어 A창고내의 動産의 2분의1, A창고내의 칼라텔레비전 3

20) 日本最高裁 1982.10.14.

분의 1, A창고내의 스테레오의 10대, A창고내의 사탕중의 500파운드, A창고내의 쌀중의 100만원상당분과 같이 지정된 소재장소에 있는 動産中の 일정수량을 장소 등의 지정없이 지정하는 방법을 생각할 수 있지만 그와 같은 방법에서는 目的物의 종류, 소재장소, 양적 범위를 모두 지정하고는 있지만 그것만으로는 目的物이 特定될 수 있는가 어떤가는 의문이다. 왜냐하면 이와 같은 지정방법에서는 제3자에 대해서 어느 動産이 擔保의 목적이 되는가 명시할 수 없고 제3자가 앞의 예에서 A창고내의 動産에 대하여 이해관계를 형성하고자하는 경우에는 擔保目的物과 그렇지않은 物件을 선별할 수 없기때문에 여기에서 讓渡擔保의 효력이 미치게 된다면 많은 제3자는 이행관계에 서게되는 것을 회피하게 되고 결과적으로는 그것에 존재하는 動産全部를 사실상 구속하게 되기쉽고 가령 제3자가 이해관계에 서게된다면 그자에게 不測의 손해를 줄 가능성이 크기 때문이다. 이 종류와 앞의 2개의 종류와의 차이는 장소와 종류의 따라서 한정된 動産全部에 한정하고 있는가 그중의 일부분을 擔保의 目的物로 하고 있는 것에 지나지 않는 것인가 하는 것에만 있기 때문에 일부에 대해서만의 擔保設定이라는 형식을 전부에 대한 擔保設定이라는 형식으로 변경한다면 그것에 의해 目的物은 特定될 수 있는 것이다.

이상의 방법이 장소적 구분의 기준으로 착안해서 사후적 해결을 도모하고 있는데 비하여 개개의 物件에 표시를 붙이는 방법도 생각되지 않을 수 없다. 예를들어 선례의 경우 A창고내에 있는 스테레오중의 10대에 리본을 붙이기도 하겠지만 이 방법도 비교적 용이하게 目的物特定の 요건을 충족하는 기준만들기가 가능한 반면 그 기준도 반드시 영속적은 아니고 시간의 경과나 인위에 의해 그것이 소멸하기도 하고 변경되기도 하고 또한 目的物이 流動動産인 경우에는 補充된 동종의 物件에 대하여 동일한 표시를 붙이도록 항상 주의하지 않으면 안되는 등 관리의 어려움이 문제가 된다. 그런데 리본 등의 표시에 대하여 약간 부언하면 이 표시는 讓渡擔保의 目的物과 다른 物件을 구분하기 위한 것이고 후에 말하는 公示方法으로서의 명인방

법과는 다른 것이기 때문에 제3자가 볼때 그 표시가 어떤 의미를 가지고 있는 것인가를 이해할 수 없어도 관계없지만 이중의 수고를 피하기 위하여 公示方法으로서의 명인방법과 공통인 것으로 하는 것도 생각할 수 있을 것이다.

마지막으로 「단 제3자소유의 動産을 제외한다」라든가 「단 設定者소유의 動産에 한한다」 또한 「단 設定당초의 총액을 넘는 動産은 제외한다」라든가 「A로부터의 사업動産은 제외한다」라는 부대조건의 영향이 문제이지만 기본적으로는 그러한 부대조건이 붙여진 때에는 目的物은 特定되었다고 말할 수 없다고 생각된다. 왜냐하면 동일장소에 設定者소유의 動産과 제3자소유의 動産이 혼재하여 어느 것이 擔保目的物인가 구별하는 것이 곤란하고 그와 같은 상태에서 擔保의 효력을 승인하게 된다면 제3자에게 불칙의 손해를 미치는 등 불합리가 크기 때문이다. 판례가 위 契約에서 讓渡擔保의 目的物로서 본건 건물내에 존재해야할 운반구, 비품, 가구일체중 A소유의 物件이라는 한정이 붙여진 바 위에서 말하는 A소유의 物件과 그 이외의 物件을 명확히 식별할 지표가 제시되어 있던가 혹은 현실적으로 위 구별이 가능한 적당한 조치가 간구되어진 형적이 전혀없기 때문에 그러한 物件에 대하여는 본건 讓渡擔保契約은 契約성립의 요건으로서의 目的物の 외부적 · 객관적인 特定을 결한 것으로 해석하는것이 상당하다²¹⁾라고 판시하고 있는 것도 이와 같은 취지로 이해해도 좋을 것이다.

3. 紛爭當事者の 相異와 特定の 問題

集合動産讓渡擔保에 있어서 目的物特定の 요건이 필요한 實事상의 의미는 設定者와의 관계에서 實行시에 擔保目的物에 관하여 다툼이 생기지 않도록 하고 제3자와의 관계에서 擔保目的物을 다른 動産과 구별하여 불칙의 손해를 주지 않으려는 데에 있다.

21) 日本最高裁 1982.10.14.

학설은 擔保權者와 設定者사이의 분쟁인가 擔保權者와 제3자간의 분쟁인가에 의해 目的物特定의 인부의 기준에 차이를 設定해야 하는 것은 아닌가라고 한다.²²⁾ 즉 設定者와의 관계에서는 特定の 인정을 비교적 완화하면 좋은데 비해 제3자와의 관계에서는 인정기준을 그것보다 엄격하게 해야 할 것이라고 한다. 이와 같은 견해는 사실상 擔保目的物의 범위를 불명확하게 하여 그에 따라서 設定者에게 불이익을 미치게 되지만 그 문제는 設定者에게 擔保權者에 대해서 目的物을 명확하게 特定하는 작업에 협력하도록 청구할 수 있는 권리를 부여함으로써 어느 정도 해결할 수 있다고 하는 견해도 있다.²³⁾

4. 特定の 基準時

이미 보았던 바에서 명확한 것처럼 集合動産讓渡擔保目的物은 항상 동일한 상태에 있는 것은 아니고 많은 경우 時間의 경과와 함께 변화해간다. 特定과의 관계에서 이 문제를 보면 擔保設定時에는 이 目的物이 충분히 特定되어 있지 않아도 그 후에 이르러 모든 점에서 볼 때 완전히 目的物이 特定된 것도 있고 반대로 擔保設定時에는 目的物이 완전하게 特定되어 있었지만 관리가 행해지면서 目的物特定の 요건을 충족하지 않게되는 경우도 있을 수 있다. 그와 같은 경우를 고려하면 어느 시점에서 目的物은 特定되어 있지 않으면 안되는가 하는 문제도 매우 중요할 것이다. 이 점에 대한 첫번째 문제는 성립요건으로서의 目的物의 特定과의 관계이지만 設定者와 擔保權者의 관계에서 요구되는 정도의 特定도 없는 경우에는 擔保設定契約은 유효하게 성립하지 않고 그 후의 사정의 변화도 아무런 영향을 미치지 않는다고 생각된다. 設定者와 擔保權者의 관계에서 요구되는 정도로 目的物이 特定된다면 讓渡擔保는 모든 면에서 완전한 효력을 가지게 될 것이다. 반대로

22) 米倉明, 前掲書, 247면.

23) 吉田眞澄, 集合動産擔保, 擔保法大系 4, 689면.

擔保設定時에는 目的物이 完全하게 特定되어 있었던 것이 그 후 設定者와의 關係에서 요구되는 정도만큼 特定되지 않게 된 경우에는 왜 目的物이 特定되지 않으면 안되는가를 고려하면 讓渡擔保의 效力을 전혀 부정하지 않을 수 없게 될 것이다. 또한 設定者의 關係에서 요구되는 정도밖에 特定되는 않은 경우에는 우선 設定時에 設定者와의 關係에서 요구되는 정도밖에 目的物이 特定되어 있는 것에 불과한 경우와 같은 效力을 부여하게 된다.

5. 대법원판례

대법원판례는 일반적으로 일단의 증감 변동하는 동산을 하나의 物件으로 보아 이를 價權擔保의 목적으로 삼으려는 이른바 集合物에 대한 讓渡擔保設定契約締結도 가능하며 이 경우 그 목적동산이 擔保設定者의 다른 物件과 구별 될 수 있도록 그 종류, 장소 또는 수량지정등의 방법에 의하여 特定되어 있으면 그 전부를 하나의 재산권으로 보아 이에 유효한 擔保權의 設定이 된 것으로 볼 수 있다고 하면서 성장을 계속하는 어류일지라도 特定양식장 내의 뱀장어 등 어류 전부에 대한 讓渡擔保契約은 그 擔保目的物이 特定되었으므로 유효하게 성립하였다고 할 것이다²⁴⁾라고 한다.

V. 集合動産讓渡擔保의 公示方法

集合動産讓渡擔保의 公示方法에는 占有改定說²⁵⁾과 明認方法說²⁶⁾이 있다. 전자는 集合物을 목적으로 하는 讓渡擔保의 성립요건은 特定動産을 목적으로 하는 讓渡擔保와 같이 讓渡擔保權者에게 集合物에 관한 대리점유를 취득케하는(占有改定) 것이라고 한다. 이에 대하여 후자는 占有改定은 讓渡擔保의 公示方法으로서 불충분하고 擔保로서의 실질을 반영시키는 公示方法

24) 大判 1990.12.26, 88 다카 20224.

25) 我妻榮, 前掲書, 640면; 柚木馨=高木多喜男, 前掲書, 556면.

26) 吉田眞澄, NBL 247호, 50면; 伊藤進, 集合動産 集合價權讓渡擔保と會社更生, NBL 242호, 61면.

을 별도 고려해야 한다는 견지에서 네임 플레이트등의 明認方法을 관습법상의 公示方法으로 해야 한다는 것이다.

明認方法說은 動產去來에 있어서 占有改定과 같은 관념적인 점유이전을 포함하는 각종의 인도를 所有權移轉의 公示方法으로 하고 있는 민법의 체계로부터 보아 문제가 있고 실효성으로도 의문이 있다.

따라서 集合動產讓渡擔保를 포함한 讓渡擔保의 公示方法은 占有改定에 있다고 한다. 특히 集合動產讓渡擔保의 경우에는 擔保設定 후에 擔保目的物에 출입이 있는 것과의 관계에서 設定 후에 새로운 擔保目的物에 부가된 動產의 公示方法 구비를 어떻게 설명해야 하는가. 분석론에서는 集合動產讓渡擔保設定契約에서 미리 占有改定の 합의에 의하여 擔保設定後에 目的物에 부가되는 모든 動產은 그것이 目的物에 부가된 직후에 占有改定에 의하여 公示方法을 구비하는 것이 되므로 개개의 動產에 관한 個別的으로 占有改定을 할 필요는 없다고 한다. 集合物論에서는 集合動產讓渡擔保設定契約에 의하여 集合物이 전체로서 한개의 擔保目的物이 되어 占有改定에 의한 公示方法을 구체화하게 되면 그 후 集合物에 부가된 모든 動產은 集合物의 구성부분으로서 최초로 이루어진 占有改定에 의하여 공시되고 있기 때문에 개개의 動產에 관한 占有改定을 문제로 할 필요성은 전혀 없다고 한다.

讓渡擔保設定 후에 流入하는 개개의 物件에 관하여 성립요건이 구비되는 時期에 대하여 집합물의 占有改定時(통상 設定契約時)라는 견해²⁷⁾와 개개의 動產의 流入時라는 견해²⁸⁾가 있다.

대법원판례는 占有改定說의 입장에 있다. 즉 集合物에 대한 讓渡擔保權設定契約이 이루어지면 그 集合物을 구성하는 개개의 物件이 변동되거나 변형되더라도 한개의 物件으로서 동일성을 잃지 아니하므로 讓渡擔保權의 효력은 항상 현재의 集合物 위에 미치는 것이고, 따라서 讓渡擔保權자가 擔保權設定契約 당시 존재하는 集合物을 占有改定の 방법으로 그 점유를 취

27) 米倉明, 前掲書, 130면.

28) 伊藤進, NBL, 249호, 36면.

특하면 그 후 讓渡擔保設定者가 그 集合物을 이루는 개개의 物件을 流入하였다 하더라도, 그 때마다 별도의 讓渡擔保權設定契約을 맺거나 占有改定의 표시를 하여야 하는 것은 아니다²⁹⁾라고 한다.

VI. 目的物の 管理 · 處分 · 補充

1. 目的物の 管理

일단 유효하게 성립한 集合動産讓渡擔保에 있어서 그 효력을 유지하기 위하여 擔保設定 후에도 계속적으로 目的物特定の 요건을 충족하지 않으면 안된다. 또한 集合動産讓渡擔保에서는 일단 目的物이 特定되더라도 그 후의 處分이나 補充에 의한 目的物の 流出이나 流入이 반복하여 이루어져 그 방법에 의하여 擔保設定時에 있어서 目的物特定の 방법과는 달라서 당초의 소재장소의 지정이나 目的物の 종류의 지정을 무의미한 것으로 하고 目的物을 特定할 수 없게 되어버릴 우려가 있기 때문에 目的物을 항상 特定할 수 있도록 관리하지 않으면 안된다. 集合動産讓渡擔保의 실효성을 유지하기 위하여는 設定당초에 예정된 양의 目的物을 정해진 장소적 범위내에서 확보하여 둘 필요가 있고 그 때문에 적절한 관리를 하지 않으면 안된다.

集合動産讓渡擔保設定 後에 있어서 目的物管理의 문제에 대하여 두가지 견해가 있다. 하나는 目的物保管의 문제를 契約自由의 原則의 틀안에 두고 當事者는 자유롭게 내용을 정할 수 있지만 실제로는 目的物の 特定성을 유지할 의무를 중심으로 하여 재고품 대장의 작성, 보존의 의무나 擔保權者에 의한 점검 조사에 응할 의무 등을 추가할 수 있다고 한다.³⁰⁾ 다른 하나는 設定者는 善管注意義務를 부담한다고 한다.³¹⁾

29) 大判 1990.12.26, 88 다카 20224.

30) 我妻榮, 前掲書, 666면.

31) 大西武士, 店頭の商品, 手形研究, 162호, 74면; 時岡泰, 集合物の讓渡擔保について, 民事研修, 278호, 27면.

集合動産讓渡擔保을 포함한 讓渡擔保는 擔保物權의 일종이고 非占有擔保이기 때문에 擔保設定 후라도 所有權은 그대로 設定者에게 있고 設定者는 目的物을 以前과 같이 자기의 소유물로서 이용할 수 있다.

集合動産讓渡擔保의 경우에는 設定者는 擔保目的物을 擔保의 구속없이 處分하는 것까지 인정되고 있기 때문에 여기에 善管注意義務가 있다고는 할 수 없다. 다만 設定者는 擔保權者에게 擔保의 목적을 달성하게 할 의무를 부담하고 있다고 할 수 있다. 集合動産讓渡擔保에서는 擔保權者에게 그 목적을 달성시키기 위하여 擔保目的物을 항상 特定할 수 있을 것과 예정된 수량이 유지되고 있을 것이 필요하고, 設定者는 이것만의 의무를 당연히 부담하게 된다고 할 것이다.

2. 目的物의 處分 · 補充

공장설비의 기계 등 流動性이 없는 動産을 일괄하여 擔保의 目的物로 하려는 確定集合動産讓渡擔保를 제외하고 集合動産讓渡擔保에서는 그 성질상 目的物의 流動性이 당연히 인정되어 設定者는 스스로의 판단에 따라 自由로 目的物을 處分할 수 있다.³²⁾

集合動産讓渡擔保의 유형으로서 設定者에게 目的物의 自由處分이 인정되는 유형 이외에 擔保設定에 의하여 讓渡擔保權者에게 所有權이 이전된 動産을 設定者가 위탁판매의 형식이나 讓渡擔保權者의 대리인으로 處分하거나 擔保目的物의 流出에 있어서는 그 때마다 讓渡擔保權者의 承諾을 얻지 않으면 안되는 것처럼 設定者의 自由處分을 인정하지 않는 유형을 인정하는 견해도 있다.³³⁾

讓渡擔保設定 後에도 所有權은 設定者에게 있다고 해야 하기 때문에 위탁판매라는 형식은 생각할 수 없고 또한 目的物의 流出에 대하여 모두 擔保

32) 高木多喜男, 擔保物權法, 346면.

33) 鈴木祿彌, 讓渡擔保, 225면.

權者의 承諾을 얻지 않으면 안된다고 하는 것도 設定者의 사회 경제적 활동을 부당하게 침해하는 것이기 때문에 當事者사이에 그와 같은 합의가 있다고 하여도 특별한 경우를 제외하고는 그 합의를 승인할 수 없다고 하여야 할 것이다.

그런데 設定者에게 目的物을 자유롭게 處分할 수 있는 權限이 부여되어 있는 것은 設定者의 目的物補充義務에 의한 뒷받침이 있기 때문이고 만약 目的物의 補充을 할 수 없다고 한다면 소재장소내의 動産이 감소하고 擔保權者의 목적은 달성할 수 없게 되기 때문에 적당한 時期까지 目的物이 補充되지 않거나 또한 장래 目的物의 補充을 할 수 없는 것이 거의 확실하게 된 때에는 設定者에게는 이미 目的物 處分の 權限이 남겨져 있지 않는다고 할 것이다. 따라서 그럼에도 불구하고 設定者가 目的物을 處分하려고 할 때에는 擔保權者는 그것을 저지할 權限을 가져야 할 것이다.

예컨대 다른 債權者에 의하여 目的物이 押留되었을 경우에는 일반적으로 생각하여 장래 그에 대응하는 目的物이 補充된다는 것은 거의 생각할 수 없기 때문에 擔保權者는 장래의 目的物補充을 기다리지 않고 막바로 被擔保債權 變제확보를 위한 구체적인 수단을 강구할 수 있다. 다만 무엇을 가지고 구체적인 수단이라고 하는가에 관하여는 특단의 사정이 없는 한 第3者異議의 訴에 의하여야 한다는 것이 판례이다.³⁴⁾

VII. 集合動産讓渡擔保의 實行節次

集合動産讓渡擔保를 포함하여 讓渡擔保는 非典型擔保의 일종으로서 공적인 실행절차를 회피하고 사적인 실행절차를 거치는 것에 큰 특징이 있다. 사적 실행은 채무자에게 채무불이행이 있으면 개시되지만 미리 어떤 절차가 필요한가의 여부에 대하여는 아무런 절차가 필요없다는 견해와 일정한

34) 日本 最高裁 1981.12.17.

유예기간을 정한 통지를 거쳐야만 한다는 견해가 있다. 假登記擔保등에 관한 法律(이하 假擔法)과의 관계에서 청산금이 있는 경우에는 그 평가액을 채무자들에게 통지할 필요가 있고 그 통지가 도달한 날로부터 2개월후에 所有權은 讓渡擔保權者에게 이전한다고 할 것이다(가담법 제3조).

債務者는 변제기도래후라도 擔保實行의 通知가 있고 또한 통지도달 후 2개월후까지는 언제라도 채무를 변제하여 目的物을 擔保의 구속으로부터 해방시킬 수 있다. 擔保實行의 通知가 있기까지는 변제기도래후 어느 정도 기간이 경과하더라도 設定者의 그와 같은 권리는 시효에 의하여 소멸하지 않는다. 또한 그와 같은 단계에서는 設定者는 集合動産讓渡擔保의 일반원칙에 따라 目的物을 處分 補充할 수 있다고 할 것이다.

통지도달후 2개월이 경과하더라도 채무의 변제기가 경과한 때로부터 10년간은 清算金債權을 변제받을 때까지 채무를 변제하고 目的物의 擔保의 구속으로부터 해방될 수 있다(가담법 제11조).

擔保實行의 통지가 있는 후 청산금이 지급되기까지의 문제이지만 실행의 통지에 의하여 擔保目的物의 流動性은 없게 되고 設定者에 의한 目的物의 處分 補充은 할 수 없게 된다. 이렇게 한다면 清算金의 支給과 目的物의 引渡는 同時履行關係에 있다고 하더라도 設定者는 지급되기까지 目的物을 그대로 유지하지 않으면 안되고 이것은 設定者의 사회 경제적 활동에 있어서 치명적인 것이 될 수 있기 때문에 특히 신속한 처리를 필요로 한다. 따라서 集合動産讓渡擔保의 경우에는 擔保實行의 통지수령후 設定者는 擔保權者에 대하여 청산기간 경과후 막바로 청산할 것을 청구하고 그것이 실현되지 않을 때는 目的物을 적당한 방법으로 處分할 수 있고 處分代金으로부터 청산금을 취득할 수 있다고 할 것이다.

VIII. 國稅債權과의 關係

國稅基本法 제42조에서는 납세자가 국세·가산금 또는 滯納處分費를 滯納한 경우에 그 납세자에게 讓渡擔保財産이 있는 때에는 그 납세자의 다른 재산에 대하여 滯納處分을 집행하여도 징수할 금액에 부족한 경우에 한하여 국세징수법이 정하는 바에 의하여 그 讓渡擔保財産으로써 납세자의 국세 가산금과 滯納處分費를 징수할 수 있다고 한다. 다만 그 국세의 법정기 일전에 擔保의 목적이 된 讓渡擔保財産에 대하여는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다.

讓渡擔保의 目的物이 集合物인 경우 讓渡擔保契約이 법정기일전에도 同期限 이후에 流入하는 개개의 物件에 관하여 讓渡擔保權者가 물적 납세책임을 면하는가에 대하여는 먼저 分析論에 의하면 集合動産의 讓渡擔保權은 그것을 구성하는 개개의 物件위에 성립한다는 입장을 취하기 때문에 同期限 이후에 流入한 개개의 物件에 대한 讓渡擔保權者는 물적 납세책임을 면할 수 없게 된다.

集合物論에 의하면 讓渡擔保權은 集合物위에 성립한다는 입장을 취하기 때문에 讓渡擔保權者는 同期限 이후에 流入하는 개개의 物件에 관하여도 물적 납입책임을 면하게 된다는 것이다.